

Liber
Amicorum
Anne Petitpierre-Sauvain

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale
et sociétale

Edité par
Rita Trigo Trindade
Henry Peter
Christian Bovet

Réflexions sur la relation entre la science, l'incertitude scientifique et l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES* / MAKANE MOÏSE MBENGUE** /
URS P. THOMAS***

I. Introduction

Avec beaucoup de dextérité et d'aisance, Anne Petitpierre a établi des passerelles entre le droit suisse et le droit international. Parmi les branches du droit international auxquelles Anne Petitpierre a accordé un intérêt certain figure sans aucun doute le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les trois auteurs de cette contribution ont eu le plaisir de collaborer avec Anne Petitpierre dans le cadre de projets de recherche portant sur la relation entre le droit de l'OMC et le droit international de l'environnement et de la santé¹.

L'une des questions récurrentes a été de savoir quel est le statut de la science et de l'incertitude scientifique au sein du système de l'OMC et notamment de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS). Durant ces années de collaboration, nombreux furent les tables rondes, échanges et publications touchant à la problématique complexe de l'équilibre à trouver entre science dure (*sound science*) et incertitude scientifique au sein de l'OMC, au travers notamment d'une meilleure appréhension du principe de précaution. Que les quelques lignes qui suivent soient un témoignage des réflexions originales d'Anne Petitpierre dans le cadre de nos travaux collectifs. Pour saisir les équilibres à trouver, la présente contribution portera sur trois thèmes, à savoir la nécessité de *différencier* l'article 5:1 de l'article 5:7 de l'Accord SPS (II) ainsi que d'*autonomiser* l'article 5:7 de l'article 5:1 (III). On s'intéressera ensuite à l'opportunité de reconnaître l'interchangeabilité entre « insuffisance de preuves scien-

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Maître-assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

*** Chercheur, Ecolomics International (Genève).

¹ Voir, PETITPIERRE A., BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., XAVIER PERREZ F., PYTHOUD F., THOMAS U., *Commerce, environnement et régulation internationale des biotechnologies*, EcoLomic Policy and Law, vol. 1 (7), 2004, disponible à l'adresse internet http://www.ecolomicsinternational.org/ecolomic_policy_and_law.htm. Voir également, PETITPIERRE A., BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., THOMAS U., *Trade, the Environment and the International Regulation of Biotechnology, Phase 2*, EcoLomic Policy and Law, vol. 3 (6), 2006, disponible à l'adresse internet http://www.ecolomics-international.org/epal_2006_.

tifiques» et «incertitude scientifique» aux fins de conférer un effet utile à la précaution (IV).

II. La nécessaire « différenciation » des champs respectifs de l'article 5:1 et de l'article 5:7 de l'Accord SPS

La possibilité de recourir à des mesures de restriction du commerce international à des fins de protection de la santé publique n'est pas un droit absolu dans le contexte du système commercial multilatéral. Dans le contexte de l'Accord SPS, ledit droit est canalisé et enserré au moyen de l'obligation pour les Etats membres de procéder à une évaluation des risques. L'article 5:1 de l'Accord SPS se lit en effet comme suit : « Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies *sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes* ». L'évaluation des risques se doit d'être « scientifique » c'est-à-dire fondée sur la *sound science*².

Cette caractéristique de l'évaluation des risques dans le *modus operandi* de l'Accord SPS a été reconnue en filigrane par l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones*. A cette occasion, l'Organe a souligné que « [l]a prise en considération de l'objet et du but de l'article 3 et de l'Accord SPS dans son ensemble renforce [le] sentiment que le respect de l'article 5:1 visait à faire contrepoids au droit des Membres de fixer leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux « preuves scientifiques suffisantes » énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains »³.

L'importance accordée à la science par l'Accord SPS dans le mécanisme d'évaluation des risques prévu à l'article 5:1, ne constitue pas un cas de figure

² Voir article 2:2 de l'Accord SPS: « Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes (...) ». Tous les italiques dans le cadre de la présente contribution sont le fait des auteurs.

³ *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 177 (ci-après « *Hormones* »).

exceptionnel⁴. Il est généralement reconnu dans la pratique internationale que l'évaluation des risques est un « processus à base scientifique »⁵ rythmé autour de l'identification des dangers, la caractérisation des dangers, l'évaluation de l'exposition aux dangers et la caractérisation des risques⁶. La référence à un « processus à base scientifique » implique que l'évaluation des risques s'appuie nécessairement sur des données scientifiques, des « preuves scientifiques disponibles »⁷, des « méthodes scientifiques éprouvées »⁸, des « principes scientifiques »⁹, des « méthodes scientifiques établies et acceptées »¹⁰, les « meilleures connaissances scientifiques disponibles »¹¹.

Il peut arriver toutefois que l'évaluation des risques n'apporte pas de réponse « scientifique » adéquate quant à la probabilité et à l'ampleur des risques sanitaires et/ou phytosanitaires liés à une substance ou à un produit. Dans cette hypothèse, les Etats membres de l'OMC sont tout de même enclins à adopter ou maintenir des mesures SPS du fait de l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes qui caractérise le résultat de l'évaluation des risques¹². L'article 5:1 de l'Accord SPS n'intègre pas cette logique de l'insuffisance scientifique, ce qui peut paraître paradoxal pour une disposition qui constitue la pierre angulaire du mécanisme scientifique sur lequel repose l'Accord SPS au plan procédural. Les dispositions qui suivent immédiatement l'article 5:1 dans l'Accord SPS, en particulier les articles 5:2 et 5:3, se réfèrent exclusivement aux facteurs scientifiques et économiques devant être pris en compte dans l'évaluation des risques. Aucune mention n'est faite de l'hypothèse d'insuffisance de

⁴ Pour une analyse de la pratique internationale, voir MBENGUE M. M., *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Pedone, Paris 2009, p. 311-313.

⁵ Sur ces étapes, voir Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15^{ème} édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, p. 47, disponible à l'adresse internet ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15.f.pdf.

⁶ Ibid.

⁷ Voir, par exemple, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 15.

⁸ Ibid.

⁹ Voir, par exemple, *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 2.

¹⁰ Voir, par exemple, *Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)*, article 1.1.

¹¹ Voir, par exemple, *Convention-cadre sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, article 4.d.

¹² Dans le cadre de la présente contribution, le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes et le concept d'incertitude scientifique seront utilisés de manière interchangeable et ce, en dépit du fait que l'Organe d'appel de l'OMC les ait considérés comme non interchangeables. Voir, *infra* « l'enjeu de la synonymie entre insuffisance de preuves scientifiques et incertitude scientifique ».

preuves scientifiques qui pourrait résulter du processus d'évaluation des risques mené en vertu de l'article 5:1¹³.

Le choix opéré par les négociateurs de l'Accord SPS a été de circonscrire la question de l'insuffisance scientifique liée à l'évaluation des risques dans une disposition séparée de l'article 5:1 de l'Accord SPS. En effet, seul l'article 5:7 de l'Accord SPS permet aux Etats membres de l'OMC d'adopter provisoirement des mesures SPS lorsque les preuves scientifiques sont insuffisantes. L'article 5:7 se lit comme suit : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront *insuffisantes*, un Membre pourra *provisoirement* adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres *s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable* ».

La séparation de l'article 5:7 de l'article 5:1 n'est pas « clinique » au sens du *dictum* de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Essence*¹⁴. C'est une isolation « à vases communicants ». Les deux principaux vases communicants entre l'article 5:1 et l'article 5:7 sont l'article 5:4¹⁵ et l'article 5:6¹⁶ de l'Accord SPS. Le dénominateur commun entre les articles 5:4 et 5:6 a trait au droit autonome des Etats membres de l'OMC à déterminer le « niveau approprié de protection sanitaire ». Ce droit forme un point d'intersection entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord SPS. En effet, c'est le droit à la détermination du niveau approprié de protection sanitaire qui jugule, ordonne, et nuance tant l'appréciation par un Etat de la « suffisance » des preuves scientifiques suite à l'évaluation conduite en vertu de l'article 5:1 que l'appréciation de l'« insuffisance » des preuves scientifiques enclenchant le mécanisme de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Autrement dit, c'est à l'aune du niveau approprié de protection sanitaire qu'un

¹³ Sur ces aspects relatifs à l'article 5:1, voir MBENGUE M. M., « La relation entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires à la lumière de l'affaire *Communautés européennes (CE) et la commercialisation des produits biotechnologiques* », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2008, n°2, p. 147-152.

¹⁴ *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel, 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 19.

¹⁵ L'article 5:4 se lit comme suit : « Lorsqu'ils détermineront le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres devraient tenir compte de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce ».

¹⁶ L'article 5:6 se lit comme suit : « Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique ».

Etat peut décider si l'évaluation des risques liés à une substance ou à un produit a conduit à des « preuves scientifiques suffisantes » (logique de l'article 5:1) ou au contraire a abouti à des « preuves scientifiques insuffisantes » (logique de l'article 5:7).

La différence entre l'article 5:1 et l'article 5:7 réside dans l'évaluation de la « suffisance » et de l'« insuffisance » des preuves scientifiques. Dans le cadre de l'article 5:1, la « suffisance » des preuves scientifiques par rapport au niveau approprié de protection sanitaire s'évalue *objectivement*. Cela implique que les résultats de l'évaluation des risques s'imposent à l'Etat qui désire adopter des mesures SPS. Ledit Etat ne dispose que de peu de marge de manœuvre pour agir *a contrario* des éléments scientifiques révélés par l'évaluation des risques conduite en vertu de l'article 5:1. Comme l'a souligné l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones II*, « quel que soit le niveau de protection qu'un Membre de l'OMC choisit, ce niveau ne détermine pas à l'avance le résultat de sa détermination concernant le caractère suffisant des preuves scientifiques pertinentes. La détermination du point de savoir si les preuves scientifiques disponibles sont suffisantes pour procéder à une évaluation des risques doit demeurer, par essence, un processus rigoureux et objectif »¹⁷.

Par contre, dans le contexte de l'article 5:7, l'« insuffisance » des preuves scientifiques par rapport au niveau approprié de protection sanitaire s'évalue *subjectivement*. En d'autres termes, les résultats de l'évaluation des risques sont appréciés par l'Etat qui souhaite adopter des mesures SPS. Ledit Etat jouit d'une marge de manœuvre plus flexible pour considérer si oui ou non les éléments scientifiques en sa possession sont propres à identifier les risques sanitaires et phytosanitaires en cause. C'est là toute la dimension subjective de l'insuffisance visée par l'article 5:7 de l'Accord SPS.

Les arguments de la Communauté européenne sont, à cet égard, révélateurs lorsqu'elle affirme à propos de l'article 5:7 devant le Groupe spécial établi aux fins de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (ci-après, *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*) que « [l]es Membres [de l'OMC] ne réagissent peut-être pas de manière identique en ce qui concerne les risques potentiels et l'incertitude. Compte tenu des circonstances particulières qui existent dans chaque pays, les renseignements scientifiques peuvent ou non être jugés suffisants pour décider des mesures appropriées. Une question qui préoccupe un législateur n'est peut-être pas aussi préoccupante pour les autres législateurs en raison des facteurs climatiques, des habitudes alimentaires, des valeurs sociales (environnementales), etc. Il n'y a donc pas de moment magique où les connaissances scientifiques disponibles sont suffisantes à toutes les fins.

¹⁷ Voir, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 octobre 2008, WT/DS320/AB/R, par. 686.

Les actions d'un législateur, qu'elles soient définitives ou provisoires, face aux connaissances scientifiques disponibles dépendent plutôt de ce qui préoccupe le législateur en question »¹⁸.

Le caractère subjectif du mécanisme de l'article 5:7 s'apprécie au regard de ces éléments et permet de comprendre la primauté accordée au principe énoncé à l'article 5:1 dans le régime de l'Accord SPS. Il faut en effet garder à l'esprit que le système commercial multilatéral est fondé sur la prévisibilité des droits et obligations. L'article 5:1 du fait du mécanisme *objectif* qui le caractérise est mieux à même de garantir la prévisibilité des droits et obligations que l'article 5:7 de l'Accord SPS.

III. La nécessaire « autonomisation » de l'article 5:7 vis-à-vis de l'article 5:1 de l'Accord SPS

L'article 5:1 jouit d'une place spécifique dans le régime de l'Accord SPS. Cela conduit à s'interroger sur la place, voire l'autonomie de l'article 5:7 au sein dudit régime. L'article 5:1 se profile « comme une application spécifique des obligations *fondamentales* énoncées à l'article 2:2 »¹⁹ et peut être considéré « comme traçant et jalonnant une voie menant à la même destination que celle qui est définie à l'article 2:2 »²⁰. Le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Produits biotechnologiques* va jusqu'à rappeler que l'article 5:1 et l'article 2:2 devraient « toujours être lus ensemble » suivant en cela la jurisprudence *Hormones*²¹, et que « l'article 2:2 constitue une partie importante du contexte de l'article 5:1 »²².

L'importance de l'article 5:1 est telle que si une mesure sanitaire n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, cette mesure peut être présumée, de façon plus générale, ne pas être fondée sur des principes scientifiques ou être maintenue « sans » preuves scientifiques suffisantes, et laisser supposer qu'il y a violation des dispositions plus générales de l'article 2:2.

C'est en raison de la relation de très grande proximité qu'entretient l'article 5:1 avec l'article 2:2 de l'Accord SPS, que l'on peut être conduit à penser

¹⁸ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, par.4.761.

¹⁹ *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, WT/DS76/AB/R, par. 82. Voir également, *Hormones*, *op. cit.*, par. 180.

²⁰ *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Rapport du Groupe spécial, par. 8.52.

²¹ *Hormones*, *op. cit.*, par. 180.

²² *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, *op. cit.*, par. 7.2961.

qu'une relation de règle à exception prévaut entre l'article 5:1 et l'article 5:7 de l'Accord SPS. Si l'on s'en tient au sens ordinaire des termes inclus dans l'article 2:2, ce sentiment est renforcé. L'article 2:2 prévoit que « [l]es Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, *exception faite* de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ».

Une stricte exégèse de l'article 2:2 pousserait dès lors à concevoir que l'article 5:7 est une exception à l'article 5:1 lequel sert de substrat au principe fondamental contenu dans l'article 2:2 selon lequel une mesure SPS doit être fondée sur des principes scientifiques et maintenue sur la base de preuves scientifiques suffisantes. En d'autres termes, l'article 5:7 ne permettrait pas de justifier de manière autonome une allégation de manquement à une obligation contractée dans le cadre de l'OMC, mais servirait uniquement de moyen de défense pour des mesures qui constitueraient une violation des articles 2:2 et 5:1 de l'Accord SPS. Ce flou quant à la potentielle relation règle générale/exception entre l'article 5:1 et l'article 5:7 a été notamment entretenu par le *dictum* de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*: « [l']article 5:7 fonctionne comme une *exemption assortie de réserves* de l'obligation énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir de mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes. Une interprétation trop large et trop souple de cette obligation priverait de sens l'article 5:7 »²³.

Toutefois, afin de garantir plus de poids à l'incertitude scientifique dans le mécanisme de l'Accord SPS, il est nécessaire d'autonomiser l'article 5:7 de l'article 5:1. Par le biais d'une telle autonomisation, un Etat membre importateur de l'OMC pourrait invoquer l'article 5:7 comme « moyen de défense affirmatif contre une allégation de violation au titre de l'article 2:2 »²⁴ c'est-à-dire en tant que *droit autonome* d'un Etat importateur. Un Etat importateur serait donc en droit d'invoquer *ipso jure* l'article 5:7 au même titre qu'il serait en droit d'invoquer automatiquement l'article 5:1. L'article 5:7 produirait alors le même effet juridique que l'article XX de l'Accord général sur le commerce et les tarifs douaniers (GATT de 1994)²⁵ ou l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)²⁶. Il a été reconnu que ces dispositions bien qu'étant qualifiées

²³ *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, WT/DS76/AB/R, par. 80. Sur cette affaire, voir, MBENGUE, THOMAS (2005).

²⁴ *Id.*, par. 7.2962.

²⁵ Voir, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, par. 155.

²⁶ Pour une référence explicite à l'expression « moyen de défense affirmatif » dans le contexte de l'article XIV de l'AGCS, voir *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et de paris*, Rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, par. 282: « Dans le contexte des

d'« exceptions générales » dans le contexte des accords les contenant, peuvent opérer en tant que droit autonome des Etats membres de l'OMC au même titre que les autres règles générales.

L'affaire *Communautés européennes – Produits Biotechnologiques* a donné des éclairages importants sur la place de l'article 5:7. Le Groupe spécial constitué aux fins du règlement de l'affaire a tout d'abord considéré que l'article 5:7 doit être qualifié de « droit »²⁷ et non d'exception à une obligation générale énoncée à l'article 2:2 de l'Accord SPS, et ce indifféremment du fait que les mesures SPS adoptées conformément à l'article 5:7 sont censées être de nature temporaire. Le Groupe spécial a estimé en effet que « lorsqu'un droit est conféré, il ne cesse pas d'être un droit simplement parce qu'il a été conféré sur une base temporaire »²⁸. Néanmoins, le droit reconnu par le Groupe spécial n'est pas un droit absolu. C'est un « droit assorti de réserves ». L'Etat membre qui y recourt se doit de se conformer aux prescriptions de l'article 5:7 de l'Accord SPS²⁹.

C'est dans ce sillage et par analogie, que le Groupe spécial est allé jusqu'à considérer que des mesures SPS peuvent être provisoirement adoptées et maintenues au titre de l'article 5:7 même si ces mesures ne sont pas établies sur la base d'une évaluation des risques telle que prévue à l'article 5:1 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a en effet estimé que l'article 5:7 autorise les Etats membres de l'OMC à faire ce qu'ils ne seraient pas autorisés à faire au titre de l'article 5:1³⁰.

Pour le Groupe spécial, tous les éléments étayaient la qualification de l'article 5:7 en tant que droit par rapport à l'article 5:1. En outre, et à juste titre d'ailleurs étant donné la relation de proximité entre l'article 5:1 et l'article 2:2, le Groupe spécial considère qu'il aurait été « incongru de parvenir à la conclusion que l'article 5:7 est un droit par rapport à l'article 2:2, mais une exception par rapport à l'article 5:1 »³¹. A la lumière de ces éléments, le Groupe spécial en conclut que l'article 5:7 doit être qualifié de droit également par rapport à l'article 5:1, et non d'exception à une « obligation générale » énoncée à l'article 5:1. Partant, l'article 5:7 fonctionnerait également comme un « droit assorti de réserves »³².

moyens de défense affirmatifs, une partie défenderesse doit donc invoquer un moyen de défense et présenter des éléments de preuve et arguments à l'appui de son affirmation selon laquelle la mesure contestée satisfait aux conditions liées à ce moyen de défense ».

²⁷ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, *op. cit.*, par. 7.2969.

²⁸ *Id.*, par. 7.2971.

²⁹ Sur ces aspects, voir MBENGUE (2008).

³⁰ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, *op. cit.*, par. 7.2993.

³¹ *Id.*, par. 7.2997.

³² *Id.*, par. 7.2998.

Ces éléments d'interprétation sont à même de conférer à l'article 5:7 toute son autonomie ainsi que d'accorder à l'incertitude scientifique un statut réel dans le mécanisme d'ensemble de l'Accord SPS. Ceci étant, un autre enjeu de taille demeure : celui de considérer l'« insuffisance de preuves scientifiques » et l'incertitude scientifique comme étant véritablement interchangeables.

IV. L'enjeu de l'interchangeabilité entre « insuffisance des preuves scientifiques » et « incertitude scientifique » : l'effet utile de la précaution dans le mécanisme de l'article 5:7 de l'Accord SPS

L'incertitude scientifique est au cœur de la précaution (ou principe de précaution). En vertu du principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». La précaution est souvent invoquée par les États membres de l'OMC pour justifier l'adoption des mesures sanitaires et phytosanitaires dans le contexte de l'Accord SPS. L'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones* a considéré que la précaution était prise en compte (« *finds reflection* » dans le texte anglais du rapport) dans le préambule, à l'article 3:3 et à l'article 5:7 de l'Accord SPS, malgré le fait que le principe de précaution « n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord »³³.

L'Organe d'appel de l'OMC a cependant considéré que la question de l'insuffisance des preuves scientifiques n'entretient aucun lien juridique avec l'incertitude scientifique et que les deux concepts ne sont pas « interchangeables »³⁴ au sein du régime de l'article 5:7 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) qui incorpore explicitement l'expression « preuves scientifiques pertinentes insuffisantes ». Or, il semblerait que l'interprétation donnée par l'Organe d'appel et reprise par le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*³⁵ ne tient pas compte de la variabilité qui caractérise le critère de l'incertitude scientifique. En outre, une telle interprétation exclurait en partie la précaution du

³³ *Hormones*, *op. cit.*, par. 124.

³⁴ *Japon – Pommes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, para. 184.

³⁵ *Communautés européennes – Mesures affectant la commercialisation et l'approbation des produits biotechnologiques*, *op. cit.*, para. 7.2940.

champ opératoire de l'article 5:7 de l'Accord SPS dans la mesure où l'incertitude scientifique est le fait générateur par excellence de la précaution³⁶.

Reconnaître la synonymie entre insuffisance des preuves scientifiques et incertitude scientifique, permettrait de donner un champ d'application plus important à la précaution (ou au principe de précaution) dans le cadre de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes semble s'apparenter au critère d'incertitude scientifique. Il a été en effet défini comme se rapportant à des situations « où l'on n'avait *pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée* »³⁷. L'incertitude peut découler d'une telle situation d'absence ou de pauvreté des preuves relatives à un risque donné, ainsi qu'en témoignent les *Directives techniques de la FAO pour une pêche responsable* qui définissent l'incertitude comme une « *incomplétude des connaissances relatives à l'état du système ou aux phénomènes naturels* »³⁸. Divers documents officiels de la Commission européenne mettent en lumière la relation possible entre la précaution et la question de l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes. Pour illustration, dans sa Communication sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire, la Commission indique l'applicabilité de la précaution « *dans les cas où les bases scientifiques sont insuffisantes* » ou « *lorsqu'il existe quelques incertitudes* »³⁹.

S'agissant des instruments juridiques multilatéraux, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques considère l'« absence de certitude scientifique » (incertitude scientifique) comme étant « *due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes* »⁴⁰, créant par là une passerelle entre précaution, incertitude, et insuffisance de preuves scientifiques pertinentes.

Il faut espérer qu'à l'avenir les organes de règlement des différends de l'OMC opteront pour une interprétation plus intégrative des concepts d'insuffisance de preuves scientifiques et d'incertitude scientifique. Cela permettra non seulement à la précaution d'être prise en compte en son entier dans le jeu

³⁶ Sur l'importance de l'incertitude comme critère de la précaution, voir BOISSON DE CHAZOURNES L., *Precaution in International Law: Reflections on its Composite Nature*, in : « Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: liber amicorum Judge Thomas A. Mensah » T. M. NDIAYE, R. WOLFRUM, C. KOJIMA (éd.), Nijhoff 2007, p. 21-34. Voir également du même auteur, *Le principe de précaution: nature et contenu et limites*, in : « Le principe de précaution: aspects de droit international et communautaire », C. LEBEN, J. VERHOEVEN (éd.), Paris (LGDJ) 2002, p. 65-94.

³⁷ *Japon – Pommes*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, para. 182.

³⁸ *Directives techniques de la FAO pour une pêche responsable*, N°2, « L'approche de précaution appliquée aux pêches de capture et aux introductions d'espèces », para. 18.

³⁹ Commission des Communautés européennes, *Communication sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire*, du 30 avril 1997, COM (97) 183 final, cité dans Commission des Communautés européennes, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Bruxelles, p. 24.

⁴⁰ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 10.6.

de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Cela donnerait également la possibilité à cette disposition de bénéficier de plus d'autonomie par rapport à l'article 5:1 de l'Accord SPS. En effet, considérer que l'article 5:7 se réfère exclusivement aux situations de preuves scientifiques insuffisantes, revient à faire de l'article 5:7 une sorte de « dérivé » de l'article 5:1 et à ne pas lui laisser recevoir une autre ampleur.

V. Conclusion

La recherche d'un « point d'équilibre » entre la science et l'incertitude scientifique dans le contexte de l'Accord SPS n'en est qu'à ses débuts. La quête est et sera longue ... Pour l'heure, force est de constater que l'équilibre est en faveur de la science et non de l'incertitude scientifique tant l'article 5:1 et l'obligation d'évaluation des risques qui en découle semblent être prépondérants dans le mécanisme de l'Accord SPS. Cela ne revient point à méconnaître les progrès effectués par les organes de règlement des différends de l'OMC aux fins d'une meilleure appréhension de l'incertitude scientifique dans l'interprétation et l'application de l'Accord SPS.

L'on se souvient par exemple que dans l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel est allé jusqu'à indiquer clairement que « des gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une opinion *divergente* provenant de sources compétentes et respectées »⁴¹. Mieux, l'on se rappelle également que l'Organe d'appel a transposé un tel raisonnement dans le cadre de l'article XX b) du GATT de 1994 en soulignant que « pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, un Membre peut également se fonder, de bonne foi, sur des sources scientifiques qui, à ce moment là, peuvent constituer une opinion *divergente* mais qui provient de sources compétentes et respectées. *Un Membre*

⁴¹ *Hormones, op. cit.*, par. 194. Voir également, la position de l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones II*: « (...) la science évolue continuellement. Il peut être utile de considérer le degré de changement comme un spectre. À une extrémité de ce spectre se trouvent les progrès scientifiques graduels. Dans les cas où ces progrès scientifiques se situent aux marges, ils n'étaient pas la conclusion selon laquelle les preuves qui étaient précédemment suffisantes sont devenues insuffisantes. À l'autre extrémité se trouvent les changements scientifiques plus radicaux qui entraînent un changement de paradigme. Ce genre de changement radical n'est pas fréquent. Limiter l'application de l'article 5:7 aux situations où les progrès technologiques entraînent un changement de paradigme constituerait une approche trop rigide. Les Membres de l'OMC devraient être autorisés à prendre une mesure provisoire dans les cas où de nouvelles preuves provenant d'une source compétente et respectée mettent en question la relation entre l'ensemble des preuves scientifiques préexistantes et les conclusions concernant les risques. Nous entendons les circonstances où de nouvelles preuves scientifiques peuvent amener à se demander si l'ensemble des preuves scientifiques existant précédemment permet encore une évaluation suffisamment objective des risques », *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, op. cit.*, par. 703.

n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire. Par conséquent, un groupe spécial ne doit pas forcément parvenir à une décision au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 sur la base du poids « prépondérant » de la preuve »⁴².

Par ailleurs, il ne faut pas occulter le fait que d'autres facteurs de nature socio-économique peuvent entrer en ligne de compte dans l'évaluation des risques. La prise en compte de ces « autres facteurs légitimes » (« *other legitimate factors* » dans le discours normatif du Codex Alimentarius) est de nature à étendre le champ « des » incertitudes scientifiques pouvant conduire un Etat membre de l'OMC à adopter des mesures sanitaires et phytosanitaires. Un raisonnement contraire rendrait nul et sans effet le constat de l'Organe d'appel selon lequel : « le risque qui doit être évalué dans le cadre d'une évaluation des risques aux termes de l'article 5:1 n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent »⁴³.

Par conséquent, le primat de la science « certaine » n'est guère le moteur de l'Accord SPS en général et de l'article 5:1 en particulier. L'incertitude scientifique – ou son autre versant l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes – peut bénéficier de lendemains meilleurs dans l'exégèse de l'Accord SPS. Accorder plus de poids à l'incertitude scientifique dans le jeu de l'article 5:7 de l'Accord SPS est certes crucial. Toutefois, ce n'est pas la panacée. L'incertitude scientifique (ou l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes) doit également acquérir un droit de cité dans le jeu de l'article 5:1 de l'Accord SPS. L'article 5:7 prend en considération l'incertitude scientifique comme *résultat* de l'évaluation des risques. C'est lorsqu'une évaluation scientifique n'apporte pas « suffisamment » de preuves scientifiques quant à un risque sanitaire ou phytosanitaire, qu'un Etat est autorisé à enclencher l'article 5:7. Or, il est nécessaire à la lumière de l'évolution du droit international d'intégrer la dimension de l'incertitude scientifique comme *processus* dans l'évaluation des risques. L'article 5:1 de l'Accord SPS peut tout à fait servir de réceptacle à cette dimension. Rien dans le texte de l'article 5:1 lu dans son sens ordinaire et à la lumière de son objet et de son but, ne permet de présager que l'article 5:1 exclut la possibilité de faire de l'incertitude scientifique une étape de la procédure d'évaluation des risques. La lettre de l'article 5:1 est on ne peut plus clair : « Les Membres

⁴² *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, op. cit.*, par. 178.

⁴³ *Hormones, op. cit.*, par. 187.

feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation (...) *compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes* ».

Il n'est pas possible de faire ici l'inventaire des instruments internationaux ou des organisations internationales qui se réfèrent à la nécessité de faire de l'incertitude scientifique une étape à part entière de l'évaluation des risques. Nous nous limiterons à faire mention de la procédure d'évaluation des risques prévue à l'Annexe III du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique⁴⁴. L'Annexe III prévoit parmi les « principes généraux » de l'évaluation des risques, le principe suivant : « Il ne faut pas nécessairement déduire de l'absence de connaissances ou de consensus scientifiques la gravité d'un risque, l'absence de risque, ou l'existence d'un risque acceptable »⁴⁵. L'Annexe III range parmi les « méthodes » de l'évaluation des risques, la méthode suivante : « Lorsqu'il existe des incertitudes quant à la gravité du risque, on peut demander un complément d'information sur des points précis préoccupants »⁴⁶.

Le développement progressif de l'interprétation de l'Accord SPS devra nécessairement tenir compte de la dimension procédurale de l'incertitude scientifique⁴⁷ et non seulement de sa dimension substantielle (celle qui fait l'objet de l'article 5:7 de l'Accord SPS). Une telle évolution favorisera pour sûr plus de

⁴⁴ Pour une discussion de la possibilité de considérer l'Annexe III du Protocole de Cartagena comme un « standard international » dans le cadre de l'Accord SPS, voir BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., *Le commerce international des Organismes génétiquement modifiés (OGM) – A propos de la compatibilité entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC*, Revue québécoise de droit international, 2009, n°2 (à paraître).

⁴⁵ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Annexe III, par. 4.

⁴⁶ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Annexe III, par. 7 f).

⁴⁷ De petites avancées en ce sens sont palpables dans le rapport de l'Organe d'appel rendu en l'affaire *Hormones II* : « nous reconnaissons que, pour procéder à une évaluation des risques, un Membre de l'OMC peut avoir besoin de renseignements scientifiques qui n'ont pas été examinés pendant le processus ayant conduit à l'adoption de la norme internationale. Nous ne voyons dans les articles 3:3 et 5:1 de l'Accord SPS rien qui permette de conclure que les Membres de l'OMC qui choisissent un niveau de protection plus élevé que celui qui serait obtenu avec une mesure fondée sur une norme internationale doivent établir la portée et les méthodes de leur évaluation des risques, y compris les renseignements scientifiques à examiner, de la même manière que l'organisme international qui a procédé à l'évaluation des risques sous-tendant la norme internationale. Ainsi, dans les cas où le niveau de protection choisi est plus élevé que celui qui serait obtenu avec une mesure fondée sur une norme internationale, cela pourrait avoir une incidence sur la portée ou la méthode d'évaluation des risques. Dans une telle situation, le fait que le Membre de l'OMC a choisi de fixer un niveau de protection plus élevé peut l'obliger à effectuer dans le cadre de son évaluation des risques certaines recherches qui sont différentes des paramètres considérés et des recherches effectuées lors de l'évaluation des risques sous-tendant la norme ». Voir, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *op. cit.*, par. 685.

soutien mutuel⁴⁸ entre l'Accord SPS et d'autres instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement et de la santé⁴⁹. Anne Petitpierre restera pour nombre de ses collègues l'une des pionnières dans la promotion du soutien mutuel entre droit de l'OMC et droit international de l'environnement.

⁴⁸ Sur le principe du soutien mutuel, voir BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., *A propos du principe du soutien mutuel. Les relations entre le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques et les Accords de l'OMC*, Revue Générale de Droit International Public, 2007, n°4, p. 605-638.

⁴⁹ Voir, THOMAS U., *The International Management of Risk: An Overview of the Basel, Rotterdam and Stockholm Conventions*, *Economic Policy and Law*, vol. 5 (1), 2008, p. 1-15.